

商事判例研究

早稲田大学商法研究会

一四 保険利益享受約款と保険代位

商法七三八条の堪航能力担保義務の範囲と性質

昭和四九年三月一五日第二小法廷判決（昭和四五年（ホ）第四七〇号損害賠償請求事件）最高裁民集第二八卷第二号二二二頁——上告棄却

〔判決要旨〕 一 海上物品運送契約において、積荷保険の被保険者である荷主が保険金の支払を受ける限度で運送人に対する損害賠償請求権をあらかじめ放棄した場合でも、商法七三九条により運送人の免責が許されない損害に関するかぎり、保険者は、保険代位により、荷主の運送人に対する損害賠償請求権を取得する。

二 商法七三八条により担保される堪航能力は、単に船舶自体が安全に航海できることのほか、船舶による運送委託を受けた貨物を通常の海上危険に耐えて安全に目的地にまで運送できる能力を含むものであり、船舶の構造に欠陥があつて通常の海上危険により海水が船艙内に浸入し、そのために貨物が損傷を受けたような場合には、その船舶は堪航能力を欠如していたものといふべき

である。

三 船舶所有者は、船舶が堪航能力を有しないことによって生じた損害については、過失の有無にかかわらず、商法七三八条に基づき賠償責任を負担すべきものである。

〔事実〕 昭和三〇年一月二四日東京港入港の上告人Y（被控訴人・被告）所有の汽船C丸に積載された荷受人訴外B所有の積荷（インド産半なめし羊皮）は、昭和二九年一月中旬、Bがインド、マドラス所在の訴外Aから買付けたものである。Aは、同年同月中、右積荷につき、マドラスから横浜（後に到達港を東京芝浦に変更）までの海上運送をYに委託し、Yは、各包をアンペラで包みさらに麻布で包装した右積荷を、外観上良好な状態でC丸に船積し、到達港にて荷受人に船側渡しする旨を約した。この海上運送契約締結に際しては、YがAに船荷証券を発行しており、それをBが譲り受けて所持人となったが、右船荷証券約款中では、不可抗力、海上における危険および事故、その他ほとんどあらゆる事項に関して（一五項）、また、運送人が航海能力あらしめるため相当な注意をなした限り船舶の隠れた瑕疵による損害についても（二六項）、Yは免責される旨が定められていた。さらに、荷主が保険により積荷の損害填補を受ける限度で運送人に対する損害賠償請求権が消滅する旨の、いわゆる保険利益享受約款も含まれていた（三〇項）。

そこでYは、右積荷をC丸の二番船橋様貨物艙に積み込み、シンガポール経由で運送し東京港入港の翌日昭和三〇年一月二五日Bに引渡したが、Bはその場で右積荷を開封して調査することなく、若干個数について「少しく濡れている（slightly wet）」のマークを付しただけで受領し、保税倉庫に搬入した。ところで右貨物艙は、メインデッキの上部に位置し、その前後部には開口部が存するものの、それらは十分に閉鎖されており、資材構造も他の船舶に比べてぜい弱であるとか、海水浸入が容易であるという事実もなく、右積荷のように熱気・湿気あるいは汚れを嫌う積荷の積付場所としては最適の場所であった。また航行中は適時船員が見廻り、とくにシンガポール出帆時には南シナ海の季節風による荒天が予想されたので、十分な荒天準備がととのえられ、實際

に荒天に遭遇した時も、嚴重に見廻ったが、その際、右積荷に異常は認められなかった。またC丸は定期・中間検査に合格しており、右積荷の積載は第一回定期検査合格の数ヵ月後になされている。しかるに、Bに引渡された翌二六日から検定人が検査したところ、右積荷は発熱・変色・醗酵・腐蝕していることが判明し、BはYに右損傷の事実を通知した。なお各貨物とも東京湾での解運搬の途中で濡れた事実はない。

ところでこの積荷については、BはX保険会社（被上告人・控訴人・原告）と包括保険契約のもとに海上保険契約を締結していたため、XはBに対して右損害を填補したのち、Yに対して、保険代位により（商六六二）BがYに対して有する商法七三八条違反による損害賠償請求権を取得した旨を理由に、右支払金額の求償を訴求した。なお右海上保険契約における保険証券中には、被保険者は本保険が運送人の利益のために利用されることがないこと及び損害を支払った上は保険者が被保険者の有する一切の権利を代位取得する旨が規定されており、さらに、右保険証券に添付された保険業者協会貨物保険約款中には、運送人その他の受託者が当該貨物につき存する保険の利益を享受すべき旨を規定する船荷証券又は運送契約書の下に船積された貨物については保険者はいかなる請求にも応じない旨が規定されていた。

第一審（東京地判昭三九・一・三一下級民集一五卷一号一三頁）は、右荒天を免責事由である不可抗力には含まれないとし、また海水浸入の原因は不明ながらも右損傷の原因は貨物艙内での海水濡れによるものとして、本件貨物運送につきC丸の不堪航を認定した。しかし商法七三八条を過失責任規定と解し、堪航能力保持につきYの無過失を認定したため、Xの請求を棄却した。

これに対しXは、商法七三八条を無過失責任規定と解し、右保険約款を公益に反し民法九〇条により無効と解する立場から控訴した。第二審（東京高判昭和四五・二・二八高裁民集二三卷一号三一頁）は、同条は無過失責任規定であり、右保険約款は第三者に対抗しえない旨判示して、これを認容した。

そこでYは、保険約款禁止立法制定前の保険約款は各国で一般に有効と解されていたこと、商法七三八条には堪航能力は含まれ

ず、かりに含まれるとしても同条は過失責任規定と解すべきこと、船荷証券上の外觀良好の文言は積荷の内容も真実良好であることを推定せしめるものではなく、本件積荷の損傷は積荷固有の塩分によるものであることなどを主張して上告した。

〔判旨〕

「本件船荷証券には、運送品を外觀上良好な状態で船積みした旨の記載があり、また、本件積荷が荷揚げされた当時既に外觀上一見して積荷の外面に海水濡れによるしみが生じ、積荷の内容について損傷等の異常が予想される状態にあったものである。ところで、運送品を外觀上良好な状態に船積みした旨の記載がある船荷証券の所持人が、揚荷げ当時外部から運送品そのものについて損傷等の異常を認めることができる状態にあったときは、特段の事情がないかぎり、運送品そのものの損傷等の異常は、運送人の運送品取扱中に生じたものと事実上推定できることは、当裁判所の判例（最高裁昭和四四年(オ)第五四三号同四八年四月一九日第一小法廷判決・民集二七卷三号五二七頁）とするところであるから、前記原審が確定した事実関係のもとにおいては、本件積荷がその内容についても、真実良好な状態において船積みされたと認められる旨の原審の認定判断は、結論において相当であり、その過程に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。」

「このような保険利益享受約款は、荷主が保険者から保険金の支払をうける限度において、運送人に対する損害賠償請求権を事前に放棄する趣旨のものであって、運送人が荷主の付けた積荷損害保険を利用することによって自己の損害賠償責任を免れる目的のもとに締結される特約と解せられるところ、商法七三九条に定める事由によって生じた損害について、運送人（船舶所有者）に免責を認めるのと同じ結果を享受させることを目的として締結された前記のような保険利益享受約款は、結局荷主を不利益な立場におくこととなり、強行法規である同条に違反する特約であるといわなければならない。すなわち、いまこのような保険利益享受約款を有効と解すると、保険者は、被保険者である荷主の損害を填補しても、運送人に対して代位すべき損害賠償請求権がないこととなり、その結果、荷主は、保険金の支払を拒絶せられ、あるいはすでに支払われた保険金の返還を請求される場合が生ずる

など、極めて不利益かつ不都合な立場におかれることとなる。それゆえ、右の保険利益享受約款は、商法七三九条が特約によっても免責を許さない事由によって生じた損害に関するかぎりにおいては、無効と解するのが相当である。

そうだとすれば、Xは、本件船荷証券約款三〇項の特約にかかわらず、訴外BのYに対する同法七三八条に基づく本件損害賠償請求権については、同法六六二条により保険代位できることが明らかであり、これと同旨の原審の判断は、結論において正当であって、是認することができ、原判決に所論の違法はない。また、所論引用の判例は、事案を異にし、本件に適切でない。論旨は、採用することができない。」

「商法七三八条にいう『船舶が安全に航海をなすに堪うる能力』（以下堪航能力という。）とは、単に船舶自体が安全に航海でできることにかぎられるものではなく、その船舶による運送委託をうけた貨物を、通常の海上危険に耐えて安全に目的地にまで運送できる能力をいうものであるところ、船舶の構造に欠陥があり、これに加うるに通常の海上危険によって海水が船艙内に浸入し、そのために貨物が損傷をうけたような場合には、その船舶は堪航能力を有しなかったといふべきであり、また、船舶所有者は、船舶が堪航能力を欠如していることによって生じた損害については、同条により、過失の有無にかかわらず賠償責任を負担すべきものと解するのが相当である。

いま本件についてこれを見ると、(1)上告人所有のC丸には資材・構造上なんらかの欠陥があり、これに加うるに同船が南支那海を航海中に遭遇した季節風が原因となつて、本件積荷が船積みされた貨物艙に海水が浸入し、積荷に海水濡れによる損傷が生じたこと、(2)右季節風は、南支那海を航海する船舶にとって通常予想することが可能な程度のものにすぎなかったこと、(3)本件積荷運送契約は、前記のとおり、国際海上物品運送法の施行前に締結されたものであることは、原審が適法に確定するところであつて、右事実によれば、上告人が、その過失の有無にかかわらず、本件積荷の損傷について、商法七三八条に基づく賠償責任を負担すべきことは、前記説示に照らして明らかである。これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法は

ない。論旨は、採用することができない。」

〔批評〕 判旨には一部賛成しえない点があり、結論は支持できない。

一 本判決は、船舶所有者の堪航能力担保義務を規定する商法七三八条につき、明治三二年の同法制定以来、最高裁がはじめてその解釈を示したものである。もともと本件国際海上物品運送契約は、一九二四年船荷証券統一規約が国内法化された昭和三三年施行の国際海上物品運送法（以後国際海運法として記す）制定前に締結されているため、もっぱら商法七三八条および七三九条が適用されているが、右国際海運法施行後におけるこれら各条の適用は、国際海上旅客運送と内航船に限られるため、本判決はその範囲内で先例的価値を有することになる。

二 本件船荷証券約款中では、運送人に対する損害賠償請求権は荷主が保険により積荷の損害填補を受ける限度で消滅する旨のいわゆる保険利益享受約款ないし保険約款 (insurance clause) が規定されているが、本判旨は、その効力に関し、商法七三九条が特約によっても免責を許さない事由（つまり、船舶所有者の過失、船員その他の使用人の悪意もしくは重過失、船舶不堪航による損害）に関する限り、これを無効としている。この点、国際海運法は一条一項で「運送品の保険契約によって生ずる権利を運送人に譲渡する契約その他これに類似する契約」は無効である旨を規定して、将来運送人が考案して作成すべき巧妙な特約にも備えているため、同法施行後に締結された契約における右のごとき約款は無効とされよう（（コンメンタル国際海上物 品運送法三三八―三四〇頁））。ここでは同法施行前における保険約款に関して、諸見解を概観することにする。

本件でいう保険利益享受約款とは、海上運送人が、積荷損害保険によって填補されうる損害については自己の損害賠償責任を免れる目的のもとに、荷主が保険者から保険金の支払いをうける限度で運送人に対する損害賠償請求権は消滅する旨締結した海上物品運送契約における特約を意味するが、ときには、海上運送人が荷主に対してその賠償責任を履行したならば、荷主が積荷に付した保険契約にもとづく利益（保険金）を、運送人に譲渡することを定める特約をいうこともあり（（戸田・本件判例評釈（判旨に反対）・判例時報七五三号一四七頁 東条・本件判例評釈・

ジュリスト五、この保険約款の効力内容については説明が一定していない。この点、アメリカでは、その効力を、(i)荷主が保険会社から損害の填補を受けた場合には、荷主も保険会社も運送人に対しては求償しえなくなる効力 (Port, On Charter Parties and Ocean Bills of Lading, 4th ed., §76, pp. 216-217) あるいは、(ii)当該約款自身の語によって、保険代位の生じた状況下では運送人の責任が消滅してしまい保険会社が保険代位すべき何ものも存しなくなるため、積荷保険によって填補される損害に対しては運送人が責を負わなくなる効力 (Ghore and Black, Law and Custom of the Sea, 2d ed., §169(1935)) などと説くものもあるが (田中(誠)・本件二審判例解説・週、関金融・商事判例二三三三頁七頁)、わが国では、この保険約款を、(i)保険金請求権を荷主から運送人に譲渡する契約、または、保険者の代位権を行使しない特約のある保険金請求権を運送人に譲渡し、かつ運送人が保険金を受け取った場合に損害の賠償をなす趣旨の特約、と解するものもあれば (小町谷・統一船荷証、券法論再版一四五頁)、その効力について、(ii)荷主も保険会社も運送人に対しては求償できなくなる効力が生じ、この場合、保険会社にとっては代位すべき何ものもなくなるから代位請求ができなくなる効力となり、これについては、荷主運送人間の保険利益約款さえあれば充分で、保険会社と荷主との間でその旨を定める必要はなく、その間の契約は、荷主の保険会社に対する債務不履行を生ずるに止まる、と説くものもある (田中(誠)・とりわけ(ii)は、保険代位の性質上、保険会社は、損害発生時における被保険者が保険金支払の限度において現実に有する権利のみを承継取得するにすぎないとの解釈に立脚するものであり、荷主が積荷を保険に付し、運送人がその保険の利益を享受すべき旨特約しているときは、この特約は有効であり、この場合、保険者による代位取得の対象となるべき荷主の運送人に対する権利は存在しないから、保険者による代位を生ずる余地はないとするアメリカにおける理論的根拠 (戸田・前掲同頁) に立つ。

この保険利益享受約款の有効性についてはアメリカにおいて多数の判例が累積しており、ここでは、発航時の堪航担保と船員の商業上の過失について免責約款を無効とするハーター法に対する運送人側の自衛手段として、この種の約款を船荷証券に挿入することが一般化していたのであるが、判例はこれを有効とするのが大勢であった (田中(誠)・船荷証券免責約款論七一八頁、本件上告理由、海運五六四号一一七一一八頁)。また、英・独・仏・伊などヨーロッパ諸国の裁判所においても船荷証券統一条約で無効とされるまでは一般に有効とされていた (Ripert, Droit Maritime, to-

me II, 1932.)。他方、この種の運送人の措置に対しては、保険者側も、保険代位権保全のため、その行使を妨げられないよう荷主に保証させ、かつ、保険利益が運送人に帰属する場合は、保険者は保険金を支払わない旨の約款を保険証券に挿入するようになったため、荷主は、これら相矛盾する約款の衝突に直面せざるをえなかった。しかし、この保険約款が、本来はハーター法における免責約款禁止の趣旨を潜脱しようとする特約であったところから、その弊害防止のため、一九二四年船荷証券統一規約三条八項は、一九二〇年のロンドン会議の決議を採択して、「保険の利益を運送人に譲渡する条項又はこれに類似のすべての条項は、運送人の責任を免除するものとみなし、かかる特約を無効とするに至った。そして一九三〇年代以降、各国がこれを批准して国内法化をはかったため、かかる保険約款は世界的に無効と確定されるようになった。

本件は、わが国国際海運法制定前における保険利益享受約款の効力をめぐるものであり、原審は、これを第三者に対抗しえない契約として、保険代位を確認する保険契約に対しては優先的地位が認められないため無効である旨を判示した。また、本判旨も、かかる保険約款を有効とすることは、強行法規としての商法七三九条に違反して荷主を極めて不利益かつ不都合な立場におくことになるので無効と解している。このような無効説に対する批判としては、保険者は荷送人の地位を承継するものであり純然たる第三者とは異なり（本件上告理由・前掲）、場合によって賠償請求権の代位が全然生じないことがあってもそれは保険代位の性質上やむをえないとする見解（田中誠・前掲判例評釈同頁）があり、また本判決が、「労災保険金の受給権者が損害賠償債務を免除した後に政府が保険給付をし、労働者災害補償保険法二〇条一項による法定代位権の発生する余地はない」（最判昭和三八・六・四民集一七・五・七二六）としたり、「運送保険の被保険者である荷送人が保険金の支払を受ける前に運送人に対する損害賠償請求権を放棄した場合には、右運送保険の保険者は保険金支払義務を免れる」（最判昭和四三・七・一四民集二二・七・一四八九）とする従来の最高裁の立場と異なることも指摘されている（中田・本件二審判例評釈ジ。エリクスト五三三号二一〇頁）。しかし、これを全面的に有効とすることにも問題なしとはいえず、免責約款制限運動の一環としてこの問題が論議されてきたことに留意して、利害関係の調整をはかる目的で制定された船荷証券統一規約の結論を尊重し、本判旨を正当とするものもある。つまり、

国際海運法制定後は、商法七三九条の解釈に際しても、文理上いづれとも解釈しうる問題については、可能なかぎり右国際海運法の精神を付度し、弾力的な解釈によって内航船に関する海商法改正の怠慢をカバーすべしとするのである（戸田・前掲一四八頁）。また、契約自由の原則をふまえ、内航船に適用される商法のもとでは一般にその効力を承認したうえで、強行法としての商法七三九条が適用される範囲内ではその趣旨を全うさせるべく、かかる約款を無効と解して、本判旨を支持する見解もあり（中村・本件判例評釈（判旨三頁）、私見もこれに賛する）。

三 本判旨は、商法七三八条を堪荷能力も含む無過失責任（結果責任）規定と解しているが、このことは、本条が国際旅客運送やわが国の内航船に今後とも適用されることから、過失責任を規定する国際海上物品運送法と比較して運送人に厳しい責任が課せられることになるため、今後の海運界に無視しえない影響を及ぼすことになる。

航海の安全をはかるという公益的な理由によってルイ一四世の「海事勅令」に端を発した制度といわれる堪航能力担保義務とは、海上運送人や船舶所有者が、荷送人や傭船者に対して発航当時その船舶が安全に航海をなすに堪えることを担保する義務であり、不堪航の場合には、それによって生じた損害を賠償する責任が発生する。この場合、国際海運法五条一項によれば、この義務の内容に、(1)船舶自体の設計・構造・性能が当該航海における通常の海上危険に堪える能力——狭義の堪航能力あるいは船体能力、(2)資格ある乗組員の充実、船舶属具や法定書類の備置など、船舶の機装が完了し、燃料・食糧の積み込みなど需品の補給が当該航海に堪える能力——運行能力、(3)船倉、冷蔵室など運送品の積み込み場所が、当該運送契約による特定の運送品を適当に運送・保存しうる能力——堪荷能力（あるいは堪貨能力）が含まれるが、「船舶が安全に航海ヲ為スニ堪フル」能力とのみ規定する商法七三八条においてはその内容が明らかでない。この点、一般には、堪航能力を「特定の運送契約の履行に当り船舶が当該航海に於ける通常の航海上の危険に堪え得る能力」（中巻一・三三三頁）と解して、そこには、抽象的に物品を安全に運送する船体構造や運航能力を有することまでが含まれるとされているが（東条・前掲八七頁）、右の堪荷能力が含まれるか否かについては見解が分かれる。多数説

は、堪航能力担保義務の性質を過失責任と解する立場(小町谷・前掲同頁、竹井・海商法(新法學全集)二三三頁、志津田・堪航能力と)でも、無過失責任と解する立場(石井・海商法(概説)三三六頁)でも、堪荷能力を含むと解し、生肉、果実、貴金属など特殊の施設によって運送される運送品については冷蔵庫、冷氣室、金庫などの施設の具備が必要であるとする。他面、これに疑問を示す有力説もあり、田中(誠)教授は、堪荷能力を除外する理由として次をあげられる。

つまり(1)ドイツ商法では、海運の技術進歩に伴って堪航能力の内容が拡大されてきたが、堪荷能力が明文化されたのは一九三七年改正においてであり、わが国商法典海商中の大部分の規定が起草当時に範を求めた改正前のドイツ商法では、五五九条に船体能力と運航能力しか含んでいなかった旨が、ドイツ有力学説によって説かれている。また、堪荷能力とは、具体的な積荷を、海の危険以外の運送危険を考慮して、損害なく保管するために船舶が適当であることをいうのであり、抽象的に物品を運送する船体構造や運航能力を有することは、船体能力および運航能力中に含まれ、改正前の右五五九条にも含まれていた。(2)わが商法七八条および七三九条の法文を国際海運法五条一項の法文と比較すると、前者に堪荷能力までを読みとることはできない。また発航前船舶の航海に支障がないか否かその他航海に必要な準備がとっているか否かの検査義務を船長に課す船員法八条においても、堪荷能力検査義務までは定められていない。さらに、海上保険の保険者の法定免責事由として「発航の当時安全に航海をなすに必要な準備をなさず、又は必要なる書類を備えざるに因りて生じたる損害」という堪航能力中にも堪荷能力は含まれていない。(3)堪荷能力まで含めると、通説によれば船主の責任の大部分が無過失責任となり、商法七三九条の特約禁止と相俟って船主の責任が著しく苛酷となり、商法七六六条・五七七条の過失責任主義の原則と調和しなくなる。七三八条が公益規定である以上、その範囲は、公益上直接に航海安全が要求される範囲に限られるべきだ、などであり、本事業に関する限り、C九には、抽象的・一般的に運送品を海の危険に対して安全に運送しうる能力が備わっており、商法七三八条にいう堪航能力担保義務違反はなかったとする(田中誠・前掲四一六頁、本件鑑定書・海運五六四号一三〇頁以下、同旨、中田・前掲同頁、鴻・本件二審判例評釈・ジュリスト・海事判例百選(増補版)二二九頁、ただし鴻説では、国際海運法施行後の内航船主については、商法七三八条による堪航能力担保義務に堪荷能力が含まれることになる)。

他面、学説中には、イギリスのコモン・ローでは古くから堪荷能力 (cargoworthiness) が含まれていたとして、堪航能力の内容が時代の変遷にともなうて変化しても妨げないとするもの (戸田・前掲一四) や、運送契約法という堪航能力と、運送契約を前提とせず航海の安全そのものを重視する船員法・船舶安全法・海難救助法などの海事行政法における堪航能力とを区別して、(1) 不堪航の立証困難にともなう荷主保護という政策的観点と、(3) 運送契約が諾成契約であつて要物契約でなく、運送品の受取保管は契約それ自体の成立要件ないし本質的要件ではないにしても、運送品の保管そのものは運送契約の本質的特徴を形成するという理論面から、運送契約法にいう堪航能力中には (i) 予定された航海に入るための船舶の適応性と (ii) 予定された積荷を受け取るべき運送用具としての船舶の適応性があるとして、そこに堪荷能力を含ましめる見解 (志津田・前掲) がある。また、フランス旧商法典二九七条が定める堪航能力 (navigabilité) 中にも、船主の受領した物品の種類に応じた適切な設備の具備が含まれており (Report of the 32nd Int'l. Conf. on Private Int'l. Law, 1962, 中村真・前掲111頁) これらの理由付けを勧案するならば、私見も、堪荷能力を含ましめるのが妥当と解する。

四 判旨は、商法七三八条を無過失責任規定と解して原審を支持するが、本条が無過失責任 (結果責任) 規定なのか、国際海運法五条における運送人の堪航担保義務と同様、過失責任規定であるかは従来より学説の対立しているところである。この点、これまでの多数説は、この義務を、人命・貨物関係者ならびに運送組織の安全を期するため、海上運送や航海の安全をはかるという公益上の理由にもとづき、船舶所有者に負担せしめられた法定義務と解して、無過失責任説に立つ (加藤・海商法講義二五六頁、田中(誠)・海○頁、鈴木・新販商行為法・保険法・海商法一四〇頁、大橋・海商法第二分冊二三四頁)。一方、少数説ながらこれを過失責任規定とする有力説 (小町谷ただし同上二〇六頁では本条と公益的規定とのむすびづきの必然性にうたがいを示す) (商法詳論二六九頁、石井・海商法概論一九九頁、竹井・前掲二三四頁、なお戸田・中村(真)同教授は本件判例解釈をもつて従来の無過失責任説から過失責任説へと改説された。戸田・前掲四九一五〇頁、中村真・前掲二二頁) もあり、本件一審判決は後者に従う。

原審は無過失責任説をとるにあたり (1) 商法七三八条の「担保ス」という文言自体、当然に絶対的な責任を意味し、本条が過失を要件にするとは解せられない、(2) 商法七四九条は免責の特約を禁じており、また、かりに過失責任とすると、立証責任が運送委託者に課せられてしまうが、このことは運送人の立証責任を規定する商法七六六条・五七七条と均衡を失する、(3) 公平の理念からは

企業責任の原則をとる方が妥当である、などの理由を示しているが、学説では、右に加えて、(4)沿革的にも、通航能力担保の制度は海上交通が未発達であつた時代に交通の安全を期するために設けられたものであるから、その実をあげるためには、過失の有無を問わず、いやしくも不通航によって損害を惹起した場合には、運送人に損害を負わすべきだ。また近時の立法的傾向が特にこれを過失責任と規定している反面、わが商法においてはかかる規定が存しない(戸田(旧説)・本件一審判例詳釈、別冊ジ)、(5)商法七三八条には、ドイツ商法五五九条二項但書「瑕疵が、善良なる運送人の注意を以てするも発見すること能わざりしときはこのかぎりに非ず」のような制限的文句がなく、さらに、商法が海上運送人の責任につき過失責任主義を採用しているのに(商七六六・五七七)、商法七三八条をも過失責任規定とすれば、同条は全く不必要な規定となるため、同条は一般の過失責任主義の例外として結果責任を定めると解すべきだ(西島・船荷証券論一昭、和二年版一一〇頁)、(6)商法六九〇条が船員の違法行為に対し船主の無過失責任を認めていることと比較し、海上危険防止の目的を有する通航担保についても無過失責任と解する方が合理的であり、もし過失責任を定めたものとすれば、とくに商法七三八条を設ける必要がなく、運送契約上の通常の債務不履行として追及できる(田中(駁)・前掲、海商法詳論同頁)、などが示されている。

これに対し過失責任説は、まず、結果責任と公益性との結びつきに疑問を提起する。つまり、(1)結果責任は不可抗力による損害を誰に負担させるのが最も公平かという考慮から出たもので海上危険の防止には関係なく(窪田・本件一審判例詳釈、判例時報三七二号三九頁)、本来、海上危険が海上運送人に結果責任を負わせて回避しうるものでない以上(小町谷・窪田・海、商法上巻一五頁)、むしろ海上危険防止のためには海上運送人に注意をうながすことによって荷主の利益を保護することが本旨であり(松波・日本海、商法五六四頁)、これは本来、過失責任主義から出発すべきもの(竹井・前掲二三四頁、樋貝・海商、法要綱七八頁、窪田・前掲同頁)、さらに次のような理由を示す。(2)「現時の大洋航行船舶が巨大でありその構造の複雑である点からして、その巨大複雑な船体の全部について現在の最高技術によって検査してもなお事前に発見することができない欠陥が残存し得ることは当然予想できるところであつて」(本件一審判旨、なおこの点については、住時の帆船・小型汽船時代に比べて現在は造船技術や船体検査の方法、飛躍的に増大した現時の船舶量からみて隠れたる瑕疵により船主が責任を負う場合は旧時に比べ相対的には必ずしも増大していないとの反論がある(池垣・本件一審判例詳釈・商事法務研究三九六号四一七頁)。しかし増大していないから過失責任は認められないとの理由付けには疑問を禁じえない)、にもかかわ

らず結果責任をとると、運送人は商法七三九条で免責約款を禁止されるに加えて、堪航担保についての無過失責任まで負わねばならず、このような二重の桎梏を運送人に科すことは、運送人を海運の国際競争において不利な立場に立たせることにもなって、海運政策上妥当でない、ならびに(3)世界の立法の傾向および判例の大勢も過失責任主義によっている(小町谷・前掲同頁)。

なお、運送組織の安全を期するという公益上の理由から、本来、商法七三八条が無過失責任規定であったことには賛意を表しつつも、国際海運法施行後は、内航船主の物品運送にのみ結果責任を課し、国際海上物品運送の場合と差別する公益上の理由がない以上、現行法下の本条は過失責任と解すべしとする見解もある(鴻・前掲同頁、佐藤・法学)。しかし、民法七一五条の適用を排除して船主自身の無過失責任による不法行為責任を規定する商法六九〇条と運送契約にもとづく堪航担保義務を規定する本条とは本来性質を異にするものであり、また、商法七三九条における免責約款の制限は、船主の堪航担保義務を過失責任と解することによってのみ合理的に理解されるとする見解(中村(真)・前掲)をも合わせ考慮するならば、国際海運法施行の前後で区別するまでもなく、前述の諸理由からも、端的に本条を過失責任規定と解する方が妥当と思われる。この点、無過失責任説の立場でも、立法論としては過失責任を妥当とするのであるが、立法の怠慢から近い将来に改正される見込みもない内航船の海上運送規定に関しては、立法論のみでは対処しえないわが国の海運事情が存することも無視しえないところである。

五 最後に付言するならば、本判旨は、「船荷証券上の『運送品を外観上良好な状態で船積した』旨の記載……のある船荷証券の所持人において荷揚当時外部から運送品そのものにつき損傷等の異常を認めうる状態にあったときは、特段の事情がないかぎり、運送品そのものの損傷等の異常が運送人の運送品取扱中に生じたものと推定することができる」(最判昭和四八・四一九第一小法廷、昭和四四(四)第五四三号損害賠償請求事件)とする最高裁判決に従い、本件積荷は船積当時においても真実良好な状態にあったとする原審を支持し、本件損傷は積荷固有の塩分による汗ぬれによるものとする上告理由をしりぞけ、海水浸入箇所や経路についての立証がないにもかかわらず、本件損傷は海水の艙内浸入によるものとする原審の認定を採用する。しかし昭和四八年四月一九日の最高裁判決については、「船積時には外部に

顕在化せず時間の経過の後顕在化する種類の損傷等も存するから、一般的にはこのようなことはいえず、損傷等の異常が外部的原因に基づくことの立証が必要なのではないかという疑問」〔江頭・別冊ジュリスト・海事（判例百選へ増補版）二三九頁〕も示されており、端的にその正当性を首肯することには問題なしとしない。とりわけ、上告理由がかなりの説得力をもって、海水浸入の原因不明と積荷固有の瑕疵ならびに無留保受取による免責を主張しているところから、本判旨には、一層の説示が望まれたところである。

いずれにせよ、堪航能力担保義務を無過失責任とする本判旨には左袒しえないところであるが、本事案は、海商法改正の怠慢と立法の急務を如実に痛感させるものとして、注目に値するといえよう。

（石山 卓磨）